****

العقد الفاسد في الفقه الأسلامي والقانون المدني

بحث مقدم من قبل
المدرس الدكتور اسراء فهمي ناجي
جامعة كربلاء – كلية القانون
المدرس عادل شمران حميد
جامعة كربلاء – كلية القانون

الخلاصة:-

يعد العقد الفاسد من المواضيع المهمة في الفقه الاسلامي ، وخاصة في الفقه الحنفي ، فهذا الموضوع هو من ابتداع الفقه الحنفي الذي ابدع في بيان احكامه والنتائج المترتبة عليه ، وكانت الحكمة من الاخذ بالعقد الفاسد هو التقليل من حالات بطلان العقد واحترام ارادة المتعاقدين خاصة اذا كانت المخالفات الواردة على العقد غير جوهرية ، اي لاتتعلق بأركان العقد وانما تتعلق ببعض الاوصاف الخارجية ، ولم يقتصر تنظيم العقد الفاسد على الفقه الاسلامي اذ اخذت به بعض القوانين المدنية وان لم تنظمه تنظيماً دقيقاً كما هو الحال في الفقه الاسلامي .

تجدر الاشارة الى ان منهجية البحث تكون من خلال عرض اراء الفقهاء المسلمين حول هذا الموضوع وبيان الراي الراجح من خلال الرجوع الى امهات كتب الفقه الاسلامي ، فضلاً عن بيان احكام هذا الموضوع في القوانين المدنية التي اخذت به ومدى موافقتها ومخالفتها للاحكام التي اقرها الفقهاء المسلمين بخصوص العقد الفاسد .

Abstract:-

The depraved contract considers as an important subject injurisprudences of lslam especially in Hanafy school who invented rules and results the idea of depraved contract is to lessening the nullity contract and respect the will contractors especially if the contravents are not fundamentals that means are not related with pillars of contract but with some of out cgaracterization some civil law adopted the organization of depraved contract but they did not organize it accurately like lslam jurisprudences lt should be mentioned that research will explain muslim legists opinions and the best one by lslam resources moreover the rules in civil laws the similarity and in similarity of rules which accepted by muslims legists about depraved contract .

المقدمة:-

يقسم القانونيون العقد من حيث الصحة وعدمها إلى قسمين ،صحيح وباطل والعقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بأن يكون صادرا من اهله، اي من شخص كامل الاهلية، مضافا الى محل قابل لحكمة وله سبب مشروع واوصافه صحيحة سالمة من الخلل، اما العقد الباطل هو مالايصح اصلا باعتبار ذاته او وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجية،كما لو كان القبول والايجاب صادرين من ليس اهلا للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع او ان يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون.

اما في الفقه الاسلامي فقد اختلف الامر ، فالعقد عند الفقهاء المسلمين وخاصة عند فقهاء الحنفية اما إن يكون صحيحا أو باطلا أو فاسدا ، وهذا العقد الاخير (العقد الفاسد) هو موضوع بحثنا ، والذي يعد مرتبة من مراتب البطلان لايعرفها في الفقه الاسلامي الا الفقه الحنفي ، اما المذاهب الاخرى فلا تميز بين العقد الفاسد والعقد الباطل ، فكلاهما عقد باطل ، تدعوه تارة بالباطل وتارة اخرى بالفاسد .

لذلك ولغرض بيان تعريف العقد الفاسد والتمييز بينه وبين العقد الباطل وبيان موقف الفقهاء المسلمين منه وبيان أسباب الفساد في العقد ، وهل إن القوانين المدنية تأخذ بنظرية العقد الفاسد ، وما هي أهمية وضع مرتبة ثالثة للعقد تكون وسطا بين العقد الصحيح والعقد الباطل ، وما هي الاثار المترتبة عليه ، لغرض بحث هذه المواضيع ، سنقسم هذا الموضوع إلى مبحثين ، نبين في المبحث الأول بيان مفهوم العقد الفاسد ،وسنوضح فيه تعريف الفساد لغة واصطلاحا وتمييز العقد الفاسد عن العقد الباطل ، كما نبين أسباب فساد العقد سواء كان ذلك في الفقه الاسلامي ام في القوانين المدنية ، اما المبحث الثاني سنكرسه لبيان الأحكام أو الاثار المترتبة على العقد الفاسد ،سواء كان ذلك قبل القبض ام بعده ، ومدى امكانية تصحيح العقد الفاسد وسننهي البحث بخاتمة تتضمن عددا من النتائج والمقترحات بخصوص هذا الموضوع .

المبحث الأول:- مفهوم العقد الفاسد

لغرض تحديد مفهوم العقد الفاسد لابد من بيان تعريف العقد الفاسد لغة واصطلاحاً وتمييزه عن العقد الباطل ، فضلاً عن الاشارة إلى أسباب فساد العقد في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، ولاجل بحث المفردات اعلاه سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، نبين في المطلب الأول تعريف العقد الفاسد ، وسنخصص المطلب الثاني للتمييز بينه وبين العقد الباطل ، اما المطلب الثالث سنبين فيه أسباب فساد العقد في الفقه الاسلامي والقانون المدني ٠

المطلب الأول:- تعريف العقد الفاسد

لغرض تعريف العقد الفاسد لابد من الاشارة اولاً إلى تعريف العقد الفاسد لغة ثم تعريفه اصطلاحا ، الفساد لغة له عدة معان ، منها إن الفساد ، هو نقيض الصلاح وهو من فسد يفسد فساداً ، والمفسده ضد المصلحة ، وللفساد معناً اخر هو الاضمحلال والبطلان ، كما يأتي بمعنى التغيير يقال افسده بمعنى غيره[١] ٠ وقد يراد بالفساد الجدب والقحط وهو ما جاء في قوله تعالى ((ظهر الفساد في البر والبحربما كسبت ايدي الناس ليذيقهم بعض الذى عملوا لعلهم يرجعون))[٢] ، فالفساد هنا هو الجدب في البر والقحط في البحر .

اما بالنسبة إلى تعريف الفساد في الاصطلاح نلاحظ بان الفقهاء المسلمين قداختلفوا حول مدلول الفساد فى المعاملات المالية، فذهب الاتجاه الغالب في الفقه الاسلامي [٣] إلى إن الفساد هو البطلان ، اذ إن كلاهما بمعنى واحد وسواء كان الفساد ((البطلان)) يرجع إلى اختلال احد اركان العقد أو شروطه أو كان الاختلال في اوصاف العقد وبهذا الخصوص قال السيوطي في الاشباه ((الباطل والفاسد عندنا مترادفان))[٤] وبذلك يتبين بان الفساد والبطلان عند جمهور الفقهاء لفظان مترادفان ، اذ إن العقد عندهم اما عقد صحيح منعقد أو عقد باطل أو فاسد وهو غير منعقد . واذا كان جمهور الفقهاء لا يفرقون بين العقد الفاسد والعقد الباطل ، فان فقهاء الحنفية قد فرقوا بينهما فالعقد الفاسد هو العقد المشروع باصله دون وصفه ، اما العقد الباطل فهو غير مشروع لا باصله ولا بوصفه ،وبخصوص التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد في الفقه الحنفي جاء في حاشية رد المحتار على الدر المختار ((إن الفاسد له وجود لانه فائت الوصف دون الاصل ... بخلاف الباطل فأنه معدوم شرعا اصلا ووصفا...))[٥].

وبذلك يتضح ، بان جمهور الفقهاء يقسمون العقد إلى عقد صحيح وباطل أو فاسد كما انهم لايفرقون في الحكم بين العقد الباطل والعقد الفاسد فكلاهما مترادفان اما فقهاء الحنفية ، فانهم يقسمون العقد إلى عقد صحيح وباطل وفاسد والصحيح وهو ما كان مشروعاً باصله ووصفه،اي ماكان مشروع ذاتا ووصفا،اما الباطل فهو غير المشروع باصله ووصفه ، اما العقد الفاسد فهو المشروع باصله دون وصفه ولذلك بين فقهاء الحنفية بانه اذا كان الخلل في اصل العقد فهو باطل ، واذا كان الخلل في الوصف فهو فاسد ٠

واذا كان الفقهاء المسلمون قد اختلفوا حول تعريف العقد الفاسد ، فما هو اساس الاختلاف في ذلك ، وما هي الحكمة التي دفعت فقهاء الحنفية إلى وضع مرتبة ثالثة للعقد ، وهي مرتبة العقد الفاسد ، والتي تكون وسطاً بين مرتبة الصحة والبطلان ؟ بالنسبة إلى التساول الأول، يلاحظ بان اساس الاختلاف يرجع إلى اختلافهم في اثر النهي الذي يرد من الشارع في عقد من العقود الشرعية أو في احد عقود المعاملات المالية ، هل إن النهي يؤدي إلى بطلان التصرف ام لا يؤدي الى ذلك وانما يوجب الاثم فقط ٠

فرأي جمهور الفقهاء [٦] ، إن النهي يؤدي إلى البطلان وهو ما يرادف الفساد وبالتالي لا ينعقد التصرف كما في حالة بيع المعدوم ، ويرون بان مقتضى النهي هو البطلان وذلك لانه يتنافى مع مشروعية العقد المنهي عنه مطلقا دون التمييز بين متعلق النهي سواء كان يتعلق بذات المنهى عنه أو بوصف من اوصافه٠

اما فقهاء الحنفية [٧] يرون بان النهي عن التصرفات في عقود المعاملات المالية لايقتضي بطلان التصرف بل يقتصر الاثر على استحقاق مرتكبها الاثم فقط ، ولذلك فرقوا بين النهي الوارد على اصل العقد والذي يؤدي إلى بطلان العقد والنهي الوارد على وصف في العقد والذي يؤدي إلى فساد العقد. اما بالنسبة إلى التساؤل الثاني ، نلاحظ بان الحكمة التي دفعت فقهاء الحنفية إلى وضع مرتبة ثالثة للعقد وهي مرتبة الفساد ، فتتمثل بأنهم لاحظوا إن المخالفات تتفاوت في قوتها واثرها على صحة العقد ، فبعضها يقع في اصل العقد وبعضها يقع في وصف للعقد[٨] . ولذلك قالوا بانه من الحكمة والمنطق التمييز بين الحالتين في الحكم ، ولذلك قرروا وجوب البطلان في الحالة الأولى والفساد في الحالة الثانية ، فضلا عن ذلك فان مما دفع فقهاء الحنفية للقول بالفساد هو للتقليل من حالات بطلان العقد خصوصا وان العقد الفاسد من الممكن إن تزال عنه صفة الفساد ويصبح عقدا صحيحا وذلك في حالة ازالة السبب الذي ادى إلى حصول الفساد فيه سواء كان اكراه أو جهالة أو شرط مفسد للعقد.

اما بالنسبة إلى تعريف العقد الفاسد في القوانين المدنية، نلاحظ بان اغلب القوانين لم تأخذ بالعقد الفاسد الذي اخذ به الفقه الحنفي ، ولذلك سنبين موقف القوانيـــــن التي اخذت بالتفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد ومنها القانون المدني الاردني والاماراتي كما سنبين موقف مجلة الاحكام العدلية بهذا الخصوص ٠

فالمادة (١٠٩) من المجلة نصت ((البيع الفاسد هو المشروع اصلا لا وصفا يعني إن يكون صحيحا باعتبار ذاته فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجة)) وبذلك فان مجلة الأحكام العدلية قد اخذت بالعقد الفاسد وان لم تعرفه بشكل صريح الا من خلال البيع الفاسد ، ولكن مما يتبين من النص اعلاه إن العقد الفاسد هو العقد المشروع ذاتا لاوصفا ،كما لو كان المبيع والثمن مجهولا أو كان أجل دفع الثمن غير معلوم .

اما القانون المدني الاردني رقم ٤٣لسنة ١٩٧٦ فيبدوا انه تأثر بما اخذ به الفقه الحنفي ومجلة الأحكام العدلية ولذلك اخذ بالعقد الفاسد وهو مانصت عليه المادة (١٧٠) منه على ان (١- العقد الفاسد هو ما كان مشروعا باصله لابوصفه فاذا زال سبب فساده صح) وبالمعنى نفسه اخذت المادة (٢١٢)من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والتي نصت على (العقد الفاسد هوما كان مشروعا بأصله لابوصفه فاذا زال سبب فساده صح) ولم يأخذ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بفكرة المذهب الحنفي عن العقد الفاسد ، اذ ساوى بين العقد الفاسد والباطل وهذا ما جاء في المادة (١/١٣٧) اذ نصت (العقد الباطل هو ما لا يصح اصلا باعتبار ذاته ، أو وصفا باعتبار بعض أو صافه الخارجية).

****

المطلب الثاني:- تمييز العقد الفاسد عن العقد الباطل

تبين بأن العقد الفاسد في الفقه الاسلامي وفي القوانين المدنية التي اخذت به هو العقد المشروع ذاتا لاوصفا ، ومن ابرز انواع العقود التي قد تقترب من العقد الفاسد هو العقد الباطل ، والذي يعرف بانه العقد غير المشروع ذاتا ولاوصفا ، وبذلك يتبين الاختلاف بين العقدين والذي يعتمد على صحة أو عدم صحة الاصل والوصف في كلاً منهم ، ولذلك ولغرض التمييز بين العقدين لابد من بيان مدلول ((الاصل والوصف))[٩] . فالعقد يكون صحيحا في الفقه الاسلامي اذا توافر له ركنه وهو الايجاب والقبول فضلا عن توافر العناصر اللازمة لانعقاده وهي سبعة عناصر والتي تتمثل بما يأتي:-

١- تطابق الايجاب والقبول.
٢- اتحاد مجلس العقد.
٣- تعدد العاقد.
٤- العقل أو التمييز.
٥- محل مقدور التسليم.
٦- محل معين أو قابل للتعيين.
٧- محل صالح للتعامل فيه أي مالاً متقوما مملوكا .

كما يشترط فضلا عن العناصر اعلاه لصحة العقد إن تضاف اليها اوصاف معينة ، فاذا توفرت للعقد ركنه والعناصر الاخرى دون اوصافه فان العقد يكون فاسدا [١٠].

تجدر الاشارة إلى إن تطابق الايجاب والقبول واتحاد مجلس العقد وعنصر التعدد لايحتاج اياً منهما إلى وصف يكمله اما عنصر التمييز فانه يحتاج إلى وصف يكمله وهو عدم وجود الاكراه ، اما العناصر التي ترجع إلى محل العقد ٠

وخاصة إن يكون المحل موجوداً ومقدور التسليم ، فاوصافه تتمثل بان لايكون الوجود فية غرر ، وان تكون القدرة على التسليم دون ضرر ٠

اما عنصر المحل المعين أو القابل للتعيين فيجب لكي يكون صحيحا من حيث الوصف إن ينتفي عنه الغرر ، اما العنصر الثالث في المحل ، وهو إن يكون صالحا للتعامل فيه فيكون صحيحا من حيث الوصف اذا لم يقترن به الشرط الفاسد وان يكون خاليا من الغرر [١١]٠

وبهذا الخصوص يقول الأستاذ السنهوري ((إن اصل العقد هو الركن وشرائطه والركن هو الايجاب والقبول وشرائط الركن في الصيغة هي التوافق ما بين الايجاب والقبول واتحاد المجلس ، وفي العاقد العقل والتعدد، وفي المعقود عليه الامكان والتعيين والصلاحية للتعامل ، اما اوصاف العقد فيرجع اغلبها إلى المحل ، فلا يكون المحل منهيا عنه ، ويكون منهيا عنه اذا كان هناك ضرر في تسليمه أو دخله الغرر أو الشرط الفاسد أو الربا ، ويبقى بعد ذلك وصف يرجع إلى الرضا ، هو إن يخلو من الاكراه))[١٢].

وبذلك يتبين بان الاصل يتعلق باركان العقد وشرائطه ، بان يصدر الايجاب والقبول في مجلس العقد ويكونا متوافقين ، وان يكون المتعاقدين قد تعاقدوا على شي معين أو قابلا للتعيين وقابلا للتعامل فيه ، فضلاً عما يشترط في العاقد من العقل والتعدد ، وبالتالي اذا تخلف أو اختل مما يعتبر اصلا للعقد يكون العقد باطلا اذا صاحبه كذلك تخلف في اوصاف العقد كما لو كان هناك ضرر في تسليم المحل أو دخله الشرط الفاسد أو الربا ٠

فالعقد الفاسد هو العقد المشروع ذاتاً لا وصفا ، اما العقد الباطل فهو غير المشروع ذاتا أو وصفا ، واذا كان القانون المدني العراقي لم ياخذ بالعقد الفاسد ولكنه اخذ بالعقد الصحيح والعقد الباطل ، وعرف العقد الباطل في المادة (١/١٣٧) منه اذ نصت ((العقد الباطل هو مالايصح اصلا باعتبار ذاته أو وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجية)) ، اما بالنسبة إلى القانون المدني الاردني فاشترط لكي يكون العقد باطلاً إن يكون غير

مشروع باصله ووصفه وهو مانصت عليه المادة (١٦٨) اذ نصت (العقد الباطل ماليس مشروع بأصله ووصفه ....).

اما مجلة الأحكام العدلية فقد جعلت العقد باطلا اذا كان لايصح اصلا دون تشترط عدم صحة الوصف كما اشترط القانون المدني الاردني ، ولم تعتبر عدم صحة الوصف هو مبطل للعقد ، وانما اعتبرته سبب لفساد العقد ، وهذا مانصت عليه المادة (١١٠) من المجلة بقولها ((البيع الباطل ما لايصح اصلا يعني إن لايكون مشروعا اصلا)) وبهذا الخصوص عرفت محكمة استئناف كربلاء الاتحادية العقد الباطل في احد قرارتها والذي جاء فيه ((..... وبذلك فقد اصبح العقد باطلا ، والعقد الباطل هو ما ليس مشروعا بأصله ووصفه بأن اختل ركنه لذا فأن قرار المحكمة برد الدعوى للسبب المذكور له مساغ من الناحية القانونية ...))[١٣] .

ومن خلال ماتقدم يمكن تحديد اوجه الاختلاف بين العقد الفاسد والعقد الباطل والتي تتمثل بما ياتي :

اولا :- العقد الفاسد يكون مشروعا باصله دون وصفه اما العقد الباطل فهو غير مشروعا باصله ولا وصفه .

ثانياً :- العقد الفاسد عقد منعقد بخلاف العقد الباطل الذي لايعد عقداً منعقداً ولا يرتب أي اثر ولا يزول البطلان بالاجازة ، فضلا عن ذلك فان العقد الفاسد تترتب عليه الاثار القانونية وخاصة اذا حصل القبض فيه كما يمكن تصحيحه وذلك بازالة سبب الفساد ، وهذا بخلاف العقد الباطل الذي لايرتب اثاراً الابصورة عرضية في حالة انتقاص العقد وتحوله .

وبخصوص العقد الباطل الذي لايعد منعقدا ولا يرتب اثرا بين المتعاقدين جاء في احد قرارات محكمة التمييز الاتحادية ما يأتي ((إن العقد الباطل بحكم العدم ولا ينتج اثرا بين العاقدين .....))[١٤].

المطلب الثالث:- أسباب فساد العقد

اذا كان العقد الفاسد يعد وسطا بين العقد الصحيح العقد الباطل، فالتساول الذي يطرح هنا ، يتمثل بالاسباب التي تؤدي إلى حصول الفساد في العقد سواء كان ذلك في الفقه الاسلامي أو في القوانين المدنية التي اخذت بالعقد الفاسد ، بالنسبة إلى الأسباب التي تجعل العقد فاسداً في الفقه الحنفي تتمثل بما يأتي :-

اولاً :- الجهالة :- تعد الجهالة من الأسباب التي تؤدي إلى فساد العقد في الفقه الحنفي ، والجهالة قد تكون في المبيع اوالثمن وقد تكون في الاجل ، وتحصل الجهالة بالنسبة للمبيع في حالة عدم تحديدة تحديدا دقيقا مما يؤدي إلى الجهالة في معرفتة ، كما لو باع شخص إلى اخر سيارة من بين عدد من السيارات المملوكة للبائع دون إن يحددها تحديدا دقيقا ، اما جهالة الثمن فتحصل عند عدم تحديد الثمن تحديدا دقيقا وبهذا الخصوص جاء في بدائع الصنائع ((إن العلم بالمبيع والثمن علما مانعا من المنازعة شرط صحة البيع – فاذا قال بعتك احد هذين الثوبين أو احد هذه الاثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار فالبيع فاسد لان المبيع مجهول))[١٥].

كذلك جاء في الاختيار لتعليل المختار ((ولابد من معرفة المبيع معرفة نافية للجهاله قطعا للمنازعة ..... ولا بد من معرفة مقدار الثمن وصفه اذا كان في الذمة قطعا للمنازعة))[١٦].

وبذلك يتبين بان المبيع والثمن يجب إن يكون كلاً منهما معلوما علماً يمنع من المنازعة ، فاذا كان احدهما مجهولا جهالة تفضي إلى المنازعة فيكون البيع فاسداً اما اذا كان مجهولا جهالة لاتفضي إلى حصول المنازعة فلا يفسد البيع .

وكذلك في حالة عدم تحديد نوع الثمن كما لو كان في البلد الذي حصل فيه البيع عدة نقود رائجة ، ففي هذه الحالة لابد من تحديد نوع الثمن عند البيع ، ولكن فقهاء الحنفية اوردوا استثنائين على جهالة الثمن لايكون العقد فيهما فاسدا بل صحيحا ، الاول يتمثل بان احد انواع النقود اكثر رواجاً من النقود الاخرى ففي هذه الحالة ينصرف الثمن إلى هذا النقد الرائج . والثاني يتمثل بان هذه النقود تكون متساوية من حيث القيمة [١٧] .

ولابد من الاشارة إلى إن الجهالة قد تحصل في الأجل ، كما لو تم بيع شي بثمن مؤجل دون تحديد الاجل تحديدا دقيقا ، ففي هذه الحالة يعد البيع فاسدا ، وذلك لان عدم تحديد الاجل يؤدي إلى حصول المنازعة والخلاف بين الطرفين ٠

وفي هذا المجال لابد من اعطاء عدد من البيوع التي تتضمن الجهالة أو الغرر ، كما في بيع الحصاة – بيع حبل الحبلة – بيع المضامين – بيع الملاقيح – بيع الملامسة – بيع المنابذه [١٨] وبهذا الخصوص جاء في شرح الزركشي على متن الخرقي ((المضامين ، ما في بطون اناث الابل ، والملاقيح ما في ظهور الجمال ، والنهي عن ذلك لعدم العلم بالمبيع))[١٩].

ومن الجدير بالذكر، إن الجهالة في المبيع والثمن والاجل عند جمهور الفقهاء لاتؤدي الى فساد العقد وانما تؤدي إلى ابطاله ، وبهذا الخصوص جاء في تذكرة الفقهاء للعلامة الحلي ((اجمع علماؤنا على إن العلم شرط فيهما ليعرف ما الذي ملك بأزاء ما بذل فينتفي الغرر ، فلا يصح بيع الغائب مالم تتقدم رؤيته مع عدم تغيره أو وصفه وصفا دقيقا يرفع الجهالة ....))[٢٠] ٠ وبذلك فان شرط معلومية العوضين عند جمهور الفقهاء يعد من شروط الصحة ، وبهذا الخصوص جاء في مواهب الجليل ((يعني إن من شروط صحة البيع إن يكون معلوم العوضين فان جهل الثمن أو المثمون لم يصح البيع ، وظاهر كلامه انه متى حصل الجهل باحد العوضين من المتبايعين أو من احدهما فسد البيع .....))[٢١].

تجدر الاشارة إلى إن معنى ((فسد البيع)) لايعني إن عقد البيع فاسد كما ذهب اليه فقهاء الحنفية ، وانما يعد باطلا اذا ان جمهور الفقهاء يذكرون في بعض الحالات البطلان وفي حالات اخرى يذكرون الفساد ويريدون به البطلان ، اذ إن الفساد والبطلان مترادفان عند جمهور الفقهاء ، والسبب في بطلان عقد البيع بسبب الجهالة يرجع إلى إن الغرض من البيع هو اثبات ملكية المشتري في المبيع والبائع في الثمن ، والملكية لكونها صفة وجودية معينة لابد لها من موضع معين وذلك لامتناع قيام المعِّين بغير المعين ٠

ويلاحظ بان القانون المدني العراقي اخذ برأي جمهور الفقهاء ولم ياخذ برأي فقهاء الحنفية ،اذ انه اعتبر الجهالة في المبيع او الثمن سبب لبطلان العقد ، اذ انه اشترط تعيين المبيع تعييناً دقيقاً وهذا ماشارت اليه المادة (١/٥١٤) اذ نصت ((يلزم إن يكون المبيع معيناً تعييناً نافيا للجهالة الفاحشة)) ولكن القانون المدني العراقي اجاز بيع الاشياء والحقوق المستقبلة في الفقرة الثانية من المادة اعلاه اذا كانت محددة تحديداً يمنع الجهالة والغرر٠

كما اشترط تعيين الثمن في عقد البيع ، وهو ما اشارت اليه المادة (٢/٥١٤)مدني اذ نصت ((ويلزم إن يكون الثمن معلوما بان يكون معينا تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة)ولكن القانون المدني العراقي قد استدرك في المادة (٥٢٨)منه ولم يرتب البطلان في حالة عدم تحديد المتعاقدان ثمنا للبيع ولكنه اشترط إن تتجة نية الطرفين إلى اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما ٠

اما بالنسبة إلى موقف القانون المدني الاردني الذي اخذ بالعقد الفاسد من الجهالة في المبيع والثمن واثرهما في فساد العقد أو بطلانه ، نلاحظ بانه لم يجعل من الجهالة سبب لفساد العقد كما هو الحال في الفقه الحنفي ، وانما اعتبرها سبباً لبطلانه فالمادة (٤٦٦) مدني اردني نصت على (يشترط إن يكون المبيع معلوما عند المشتري علما نافيا للجهالة الفاحشة) اما ابطال العقد بسبب جهالة المبيع فيستفاد من مفهوم المخالفة لنص المادة (٤٦٧) مدني اردني والتي تشير إلى إن المشتري ليس له حق في ابطال العقد اذا ذكر في عقد البيع إن المشتري عالماً بالمبيع علماً كافيا ، مما يدل بمفهوم المخالفة إن المبيع اذا لم يكن معلوما للمشتري فيحق له ابطال العقد لجهالة المبيع كما يستفاد صراحة من نص المادة (٣/١٦١) مدني اردني والتي تنص (فاذا لم يعين المحل على النحو المقدم كان العقد باطلا) .

اما بالنسبة إلى موقف القضاء من جهالة الثمن ، نلاحظ إن محكمة استئناف كربلاء الاتحادية اعتبرت ثمن البيع من اركان عقد البيع الذي يجب إن يكون معينا تعييناً نافياً للجهالة ، وبذلك جاء في احد قرارتها (وبذلك فقد

انهار ركن من اركان العقد الاهو الثمن ، لان عقد البيع من عقود المعاوضات وان من اركانه الثمن ويلزم إن يكون الثمن معلوما بان يكون معينا تعينا نافيا للجهالة وبذلك فقد اصبح العقد باطلا)[٢٢].

ثانيا :- الشرط الفاسد :- يشترط لصحة العقد إن يكون خاليا من الشروط التي تؤدي إلى فساده واذا كان الفقهاء المسلمون متفقون في ذلك فقد اختلفوا حول اثر اقتران الشرط الفاسد بالعقد ، كما اختلفوا في ضابط الشرط المفسد للعقد. وقد بينا بان اثر اقتران الشرط الفاسد بالعقد عند جمهور الفقهاء يؤدي إلى فساد العقد والذي يعد مرادفا للبطلان وبهذا الخصوص جاء في المهذب في فقه الامام الشافعي (فأن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى البيع بان باع شيئا بشرط إن لا يبيعه أو باع دارا بشرط إن يسكنها مدة أو ثوبا بشرط إن يخيط له بطل البيع ....)[٢٣].

بينما فقهاء الحنفية فقد جعلوا اثر اقتران الشرط المفسد بالعقد يؤدي إلى فساد العقد ولايؤدي إلى ابطاله اذ جاء في اسنى المطالب شرح روض الطالب (ويفسد البيع بشرط فاسد كما اذا باعه دارا بشرط إن يبيعه عبدا أو يقرضه الفا ....)[٢٤].

اما مايتعلق بضابط الشرط المفسد للعقد ، نلاحظ بأن فقهاء الحنفية اشاروا إلى إن الشرط يكون مفسدا للعقد اذا كان مما لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه ، كما لو اشترط المشتري على البائع إن يقوم بنقل الشيء محل العقد إلى محل اقامة المشتري فهنا شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري ، وقد يشترط البائع شرطا لمنفعته ، كما لو باع دارا واشترط على إن يسكنها لمدة سنة ، وقد يكون الشرط الذي لا يقتضيه العقد ويجعل العقد فاسدا فيه نفع للمعقود عليه ، كما لو اشترط المشتري على البائع إن يقوم بترميم الدار التي اشترها منه ، فهذا الشرط يفسد العقد عند الحنفية ، وبهذا الخصوص جاء في بدائع الصنائع (من الشروط الفاسدة – شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع وليس بملائم للعقد ولابما جرى التعامل بين الناس ...)[٢٥].

فضلا عن ذلك فقد ذهب فقهاء الحنفية إلى إن الشرط اذا كان ينافي مقتضى العقد ، فأنه يؤدي إلى حصول الفساد فيه كما لو اشترى ناقة على انها حامل فان ذلك يوجب فساد البيع لان الرسول (صلى الله علية واله وسلم) نهى عن بيع وغرر[٢٦]. فأشترط إن تكون الناقة حاملا لا يمكن الوقوف علية والتأكد منه فيكون في وجود الشرط غرر مما يوجب فساد العقد.

اما عند الشافعية والمالكية [٢٧]. فالشرط الذي يفسد العقد هو الذي ينافى مقتضى العقد كما لو اشترط البائع على المشتري إن لايبيع الشيء الذي اشتراه ولكن الشافعية بخلاف المالكية يجعلون من اشتراط صفقتين في صفقة أو بيعتين في بيعة مفسدا لعقد البيع . اما فقهاء الحنابلة [٢٨]، فقد جعلوا الشرط مفسدا للعقد في حالة اشتراط عقد في عقد ، كما لو باع شخص شيئا إلى شخص اخر واشترط عليه إن يشتري منه شيئا معينا ، اما في حالة اشتراط ما يتنافى مقتضى العقد كأشتراط البائع على المشتري عدم بيع الشيء الذي اشتراه منه في هذه الحالة العقد صحيح والشرط باطل ، وقد يعلق العقد على شرط كقوله بعتك هذا الشيء إن رضى فلان ، فلا يصح البيع في هذه الحالة ، لان مقتضى عقد البيع هو نقل الملكية عند التبايع والشرط يمنع من ذلك ، اما عند فقهاء الامامية فان الشرط الذي يفسد العقد ويجعلة باطلاً هو ما ينافي مقتضى العقد ، كما لو اشترط البائع على المشتري إن لايبيع الشيء الذي اشتراه أو لا يهبه ، وبهذا الخصوص جاء في تذكرة الفقهاء للعلامة الحلي ((قد بينا إن كل شرط ينافي مقتضى العقد فانه يكون باطلاً فان هذه الشروط باطلة لمنافاتها مقتضى العقد ، فان مقتضاه ملك المشتري والنبي صلى الله عليه واله وسلم قال الناس مسلطون على اموالهم))[٢٩].

اما بالنسبة للقانون المدني العراقي فقد اجاز في المادة (١/١٣١) على اقتران العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة وقد الحق العقد الفاسد بسبب وجود الشرط الفاسد بحكم العقد الصحيح فاجاز إن يقترن العقد بشرط فيه نفع لاحد العاقدين أو للغير على إن لايكون ممنوع قانونا أو مخالفاً للنظام العام والاداب وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١٣١) بقولها ((٢- كما يجوز إن يقترن بشرط فيه نفع لاحد العاقدين أو للغير اذا لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفا للنظام العام والاداب والا لغى الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو

الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد ايضا))، اما القانون المدني الاردني فقد اشار الا إن العقد يصبح فاسدا اذا اقترن به شرط مفسد وذلك عند تعريفة للعقد الصحيح ، فالمادة (١٦٧) نصت على ((العقد الصحيح هو العقد المشروع باصله ووصفه بان يكون صادرا من اهلة مضافا إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم و صحيح ومشروع واوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له)).

ويمكن تسجيل الملاحظات الاتية على موقف القانون المدني الاردني من اثر اقتران الشرط بالعقد وفيما اذا كان سببا لفساد العقد ام لا ٠

الملاحظة الأولى :- يعد العقد فاسداً اذا اقترن به شرط مفسد ، ولكن القانون المدني الاردني لم يجعل الشرط الذي يقترن بالعقد وفيه نفع لاحد العاقدين أو للغير مفسداً له كما ذهب اليه الفقه الحنفي فالمادة (١٦٤) مدني اردني اجازت اقتران الشرط بالعقد ولو كان فيه نفع لاحد المتعاقدين أو للغير مالم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الاداب ٠

الملاحظة الثانية :- لم يبين القانون المدني الاردني ماهية الشرط الذي يفسد العقد وان كان قد اورد تطبيقا للشرط المفسد للعقد في المادة (٥٠٦) اذ نصت ((لايصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط)) .

ثالثا :- الاكراه :- لقد نهى الله سبحانه وتعالى عن الاكراه في العقود بقوله تعالى(ياايها الذين امنوا لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا إن تكون تجارة عن تراض منكم)[٣٠].

ولهذه الاهمية للاكراه واثره على العقد فقد خصص له الفقهاء المسلمون باباً خاصا. وعُرف الاكراه في الفقه الاسلامي بتعاريف متعددة ولكنها تدور حول معنى واحد والذي يتمثل بحمل الغير على القيام بعمل دون ارادته وبهذا الخصوص جاء في بدائع الصنائع حول تعريف الاكراه بانه (فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا من غير إن تنعدم به الاهليه في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب) [٣١] وجاء في كشف الاسرار للبزدوي (ينبغي إن يقال الاكراه حمل الغير على امر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على ايقاعه ويصير الغيرخائفاً به ....) [٣٢] .كما جاء في مستند الشيعة في احكام الشريعة (الاكراه توعد بما يكون ضارا بالمكره بحسب نفسه أو من يجري مجراه ، مع قدرة المتوعد على ما يوعد به ، وحصول الظن بان يفعل به لو لم يفعل مايؤمر به ، مع العجز عن الدفع) [٣٣] كما عرفت المادة (٩٤٨) من مجلة الأحكام العدلية الاكراه بانه (اجبار احد على إن يعمل عملا بغير حق من دون رضاه بالاضافة ويقال له المكْرَهُ بفتح الراء ويقال لمن اجبره : مُجْبِرٌ ولذلك العمل مكره عليه ، وللشيء الموجب للخوف : مكره به) ولما كان فقهاء الحنفية دون غيرهم جعلوا العقد فاسدا اذا كان هناك اكراه فلا بد من بيان انواع الاكراه عندهم واثره على العقد . فالحنفيه يرون إن الاكراه اما إن يكون ملجئ أو غير ملجئ ، فالاول يكون في حالة التهديد بالقتل والقطع والضرب، والثاني يكون في حالة الحبس والضرب ، وبهذا الخصوص جاء في البدائع (اما بيان انواع الاكراه فنقول انه نوعان : نوع يوجب الالجاء والاضطرار كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو ..... ونوع لايوجب الالجاء والاضطرار وهو الحبس والقيد والضرب الذي لايخاف منه التلف ....) [٣٤] . اما بالنسبة إلى اثر الاكراه على العقد فقد ذهب ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد إلى إن الاكراه يفسد العقد ويكون مستحق الفسخ بأرادة احد الطرفين أو القاضي وقد جاء في البدائع بخصوص اثر الاكراه على العقد ما ياتي (واما النوع الذي يحمل الفسخ فالبيع والشراء والهبة والاجارة ونحوها فالاكراه يوجب فساد هذه التصرفات ....) [٣٥] اما عند الامام زفر وهو تلميذ الامام ابو حنيفة فالاكراه عنده يجعل العقد موقوفا لا فاسدا وبهذا الخصوص جاء في بدائع الصنائع (وعند زفر – رحمة الله – يوجب توقفها على الاجازة كبيع الفضولي ...)[٣٦] . واذا كان راي الامام زفر في اعتبار عقد المكره موقوفا فان الراي الراجح في المذهب الحنفي هو راي الامام ابو حنيفة في فساد العقد بالاكراه . اما المالكية والامامية [٣٧] ، فقد اشاروا إلى إن عقد المكره صحيح ولكنه غير لازم بحيث يكون من حق المكره اما اجازة العقد أو فسخه .

اما الشافعية والحنابلة [٣٨] ، فقد ذهبوا إلى إن عقد المكره باطل وذلك لانعدام الرضا وحجتهم في ذلك قوله تعالى (يا أيها الذين امنوا لاتاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا إن تكون تجارة عن تراضٍ منكم) [٣٩] . وقد جاءت المادة (٢٠٣) من مرشد الحيران مؤكدة على نفس الحكم الذي ذهب الية فقهاء الحنفية وهو فساد العقد بالاكراه اذ نصت (عقد المكره ينعقد فاسدا لا باطلا ، فيقبل الاجازة فأن اجازة المكره بعد زوال الخوف صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا).

اما بالنسبة إلى القانون المدني العراقي فقد عرف الاكراه في المادة (١/١١٢)بأنه (اجبار الشخص بغير حق على إن يعمل عملا دون رضاه) كما بين في الفقرة الثانية من المادة اعلاه انواع الاكراه وهو اما إن يكون ملجئ أو غير ملجئ ٠

ولكن يلاحظ بان القانون المدني العراقي ساوى بين نوعي الاكراه في الحكم ، فجعل عقد المكره ، عقداً موقوفا وهو ما نصت عليه المادة (١١٥) بقولها (من اكره اكراها باحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لاينفذ عقده)).

وبذلك يتبين ، بان القانون المدني العراقي اعطى للعقد الفاسد بسبب الاكراه حكما يختلف عن حكم فقهاء الحنفية اذ اعتبره عقدا صحيحاً ولكنه موقوف ، تجدر الاشارة إلى إن القانون المدني الاردني والاماراتي واللذان اخذا بالعقد الفاسد لم ياخذا بما اخذ به الفقه الحنفي من اعتبار الاكراه من أسباب فساد العقد ، فعقد المكره في كلا القانونين عقد موقوف وهو مانصت علية المادة (١٤١) مدني اردني والمادة (١٨٢) مدني اماراتي ٠

فضلا عن ذلك ، فان مما يؤخذ على قانون المعاملات المدنية الاماراتي انه خلط بين الباطل والفاسد ، وذلك باعطاءه لعدد من البيوع صفة الفساد ولكنه كان يقصد بطلان هذه البيوع وهو ما يفهم من صراحة المادة (٦١٣) التي تشير إلى انه يحرم البيع والمقايضة ويقعا فاسدين اذا كان العاقدان أو احداهما مما تلزمه الصلاة قد وقع عقد اثناء النداء لصلاة الجمعة ، واذا وقع العقد على عين لاستعمالها في معصية ، أو اذا باع المسلم على بيع المسلم أو اشترى على شرائه أو قايض على مقايضتة في زمن احد خياري المجلس والشرط ٠

واخيرا لابد من الاشارة ، إلى إن العقد الفاسد بسبب الاكراه له خصوصية عن العقد الفاسد باسباب الفساد الاخرى ، وبهذا الخصوص اشار الأستاذ السنهوري إلى إن بيع المكره فاسد ولكنه يختلف عن البيع الفاسد ويوافق البيع الموقوف في وجوه ، ويتفق مع البيع الفاسد ويخالف البيع الموقوف في وجوه اخرى . ففيما يتعلق بأختلاف بيع المكره عن البيع الفاسد وموافقته للبيع الموقوف فتتمثل بما يأتي [٤٠]:-

اولا :- يستطيع العاقد المكره اجازة البيع قبل القبض وبعده وبذلك ينقلب البيع صحيحا بخلاف البيع الفاسد لغير الاكراه ، فلاترد عليه الاجازة اصلا لان الفساد فيه لحق الشرع ويمكن القول بان هذه الموافقة بين بيع المكره والبيع الموقوف ، وما ترتب عليه من اختلاف بين بيع المكره والبيع الفاسد انما يرجع إلى الوسيله التي من خلالها يصحح عقد البيع الفاسد الذي حصل عن طريق الاكراه والتي تتمثل بالاجازة ، وهو ما يؤدي إلى اقتراب بيع المكره من العقد الموقوف ويبعده عن البيع الفاسد ٠

ثانيا :- في البيع الفاسد بسبب الاكراه لايحق للمشتري بعد القبض إن يطالب بالفسخ فيلزمه البيع اذا قبض المبيع ، وهذا بخلاف البيع الفاسد بالاسباب الاخرى المؤدية للفساد فلكل من العاقدين فسخه حتى بعد القبض ولايسقط حق الفسخ الا بتصرف المشتري أو بتغير المبيع أو ازالة سبب الفساد ٠

ثالثاً :- اذا تصرف المشتري في المبيع كالبيع مثلا يستطيع البائع المكره إن يطالب بالفسخ واسترداد المبيع من الشخص الذي تصرف اليه المشتري ،اما في البيع الفاسد بالاسباب الاخرى غير الاكراه،فان المشتري اذا تصرف في المبيع إلى الغير فان البائع لايستطيع فسخ العقد ٠

اما بالنسبة إلى الحالات التي يتفق فيها بيع المكره مع البيع الفاسد في الأحكام ويخالف البيع الموقوف فهي [٤١].

أولاً :- من حيث من يتمتع بحق الفسخ في بيع المكره يحق لكل من البائع والمشتري فسخ البيع قبل القبض اما في البيع الموقوف ، فان حق الفسخ يتقرر للشخص الذي شرع التوقف لمصلحة كالمالك في بيع الفضولي ، ومن تعيب رضاؤه نتيجة الغلط أو الغبن مع التغرير ٠

ثانيا :- في بيع المكره يسقط حق البائع في الفسخ اذا تصرف المشتري بالمبيع بعد القبض اما في البيع الموقوف لمصلحة البائع ، فان حق البائع بعدم اجازة التصرف لايسقط اذا تصرف المشتري بالمبيع ٠

رابعا :- الربا : - لقد اعتبر فقهاء الحنفية حصول الربا في العقد سبباً لفساده ، واذا كان الفقهاء المسلمون قد عرفوا الربا بتعريفات متعددة الا انها دور حول معنى واحد وهو الزيادة في المال بغير عوض ، وبهذا الخصوص جاء في اسنى المطالب شرح روض الطالب ((الربا شرعا عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد أو مع تأخير البدلين أو احدهما ، وهو ثلاث انواع ربا الفضل ، وهو البيع مع زيادة احد العوضين على الاخر ، وربا اليد وهو البيع مع تاخير قبضهما أو قبض احدهما ، وربا النساء اوربا النسيئة ، وهو البيع لاجل ....))[٤٢] .

واذا كان فقهاء الحنفية اعتبروا الربا مفسدا للعقد ، فان جمهور الفقهاء اعتبروا الربا سببا لبطلان العقد ، ذلك إن الربا محرم بنص القران الكريم في قوله تعالى ((واحل الله البيع وحرم الربا))[٤٣] وقوله تعالى ((يا ايها الذين أمنوا لاتاكلوا الربا اضعافا مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون))[٤٤] كما إن الربا محرم بقول الرسول (صلى الله علية واله وسلم) ((اجتنبوا السبع الموبقات))قيل يا رسول الله وما هي ؟ قال : ((الشرك بالله ، وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق ، واكل الربا واكل مال اليتيم ،والتولي يوم الزحف ،وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات))[٤٥] ٠

تجدر الاشارة ، إلى إن القانون المدني العراقي اعتبر العقد الفاسد بسبب الربا عقدا صحيحا ، فلم يعتبره عقدا فاسدا كما اخذ به فقهاء الحنفية ولم يعتبره عقداً باطلاً كما اخذ به جمهور الفقهاء ،اذ إن المشرع العراقي اجاز الفائدة صراحة في المادة (١٧١) مدني ،اما بالنسبه إلى موقف القانون المدني الاردني من الربا فلم يجعل الربا سببا لفساد العقد ،بل اعتبر العقد صحيحا وذلك بعد الغاء الشرط وهذا ما جاء في المادة (٦٤٠) منه اذ نصت ((اذا اشترط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد سوى توثيق حق المقرض لغا الشرط وصح العقد)).

خامساً :- عدم القدرة على تسليم المبيع الا بتحمل الضرر :

لقد اعتبر فقهاء الحنفية العقد فاسداً في حالة اذا تسبب التسليم إلى حصول ضرر يلحق البائع ، وبهذا الخصوص جاء في بدائع الصنائع ((... إن يكون مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع ، فان لم يمكن تسليمه الا بضرر يلزمه فالبيع فاسد ، لان الضرر لايستحق بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد الا ضرر تسليم المعقود عليه فأما ما وراءه فلا))[٤٦] .

ومما يجدر الاشارة اليه ، إن عدم القدرة على التسليم اذا كان خارجا عن قدرة البائع كالطير في الهواء أو السمك في الماء ، فان العقد يعد باطلا عند كل الفقهاء باستثناء الظاهرية [٤٧] ، وبهذا الخصوص جاء في المهذب في فقه الامام الشافعي ((ولايجوز بيع ما لايقدر على تسليمه كالطير في الهواء أو السمك في الماء ...))[٤٨] كما جاء في مستند الشيعة في احكام الشريعة بخصوص شرائط العوضين ((القدرة على تسليم كل من العوضين بلا خلاف ، بل بالاجماع ، كما هو المحقق ، والمحكي في الغنية والتذكرة ....))[٤٩] والسبب في عدم صحة بيع غير المقدور على تسليمه هو انتفاء الغرض الاساسي من العقد ، وهو تملك المعقود عليه والتصرف فيه ، فضلا عن اشتمال العقد على الضرر الفاحش ، والذي يؤدي إلى حصول النزاع بين العاقدين لعدم التاكد من الحصول على المعقود عليه ٠

ومن الجدير بالذكر، إن هناك حالات استثنائية يصح فيها بيع غير المقدور على تسليمه كما لو بيع منضماً إلى ما يصح بيعه وتسليمه ، ويصح كذلك بيع ماجرت العادة بعودته ، كالحمام الطائر والاسماك المملوكة المشاهدة في المياه المحصورة[٥٠] ٠

ولكن اذا لم يحصل المشتري على هذا الشي فلا يحق له الرجوع على البائع بما يساوي قيمة الشيء الذي لم يحصل عليه ، ويلاحظ بان هذا الحكم لا يحقق مقصود البيع اذ لاتنتقل ملكية العوضين الثمن والمبيع بما حصل علية التراضي في العقد ، فالمشتري لايملك الا جزء من المبيع الذي استطاع إن يتسلمه من البائع دون إن يستطيع الرجوع على البائع بقيمة الشيء الذي لم يتسلمه ٠

ويلاحظ بان القانون المدني الاردني لم ينص صراحة على الضرر الذي يصاحب التسليم هل يعد سببا من أسباب فساد العقد ام سببا لابطاله ، ويبدو ان الضرر الذي يصاحب التسليم يعد في القانون المدني الاردني سببا لفساد العقد كما هو الحال في الفقه الحنفي ومما يدعم هذا القول ويؤكده ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاردنية في احد قراراتها اذا اعتبرت عدم القدرة على التسليم الا بتحمل الضرر سببا لفساد العقد اذ جاء فيه ((يشترط القانون إن يكون محل العقد موجودا ولا يدخله الغرر ومقدور التسليم تسليما من غير ضرر ، وعليه فاذا كانت رخصة المطعم هي رخصة مهن مؤقتة وغير قابلة للتحويل لشخص اخر ويجوز للسلطة الغاؤها اذا اجرى تغيير في الشروط التي بمقتضاها تستمر الحرفة تجعل المطعم المبيع غير مقدور التسليم لغاية استغلاله والانتفاع به ويترتب على ذلك فساد انعقاد عقد البيع ويحق للمشتري اقامة دعوى فسخ العقد ...))[٥١].

المبحث الثاني:- الاثار المترتبة على العقد الفاسد

لغرض بحث الاثار المترتبة على العقد الفاسد ، لابد من بيان اثار العقد الفاسد قبل القبض واثاره بعد القبض ومدى امكانية تصحيحه. ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نبين في المطلب الأول اثار العقد الفاسد قبل القبض ونبين في المطلب الثاني اثار العقد الفاسد بعد القبض اما المطلب الثالث سنكرسه إلى مدى امكانية تصحيح العقد الفاسد ٠

المطلب الأول:- اثار العقد الفاسد قبل القبض

يلاحظ بان العقد الفاسد وان لم يكن عقدا صحيحاً ولا يرتب الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد الصحيح ، ولكن رغم ذلك يعد العقد الفاسد عقدا منعقدا لكنه جائز الفسخ من قبل الطرفين .

فالعقد الفاسد لاينتج أي اثر وخاصة انتقال الملكية فلا يعد المشتري مالكا للمبيع ولايعد البائع مالكا للثمن ، ومن ثم لايستطيع احد الطرفين اجبار الطرف الاخر على تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد لو انعقد صحيحا [٥٢]٠

وبذلك فان العقد الفاسد وان كان عقدا منعقداً وهو مشروع باصله دون وصفه ولكن يحق لكل طرف المطالبة بفسخ العقد كما يحق لكل ذي مصلحة وللقاضي من تلقاء نفسه اذا علم بالعقد الفاسد إن يقوم بفسخه جبراً على الطرفين ٠

ومن الجدير بالاشارة ، الا إن حق الفسخ يشترط فيه عدة شروط لامكان التمسك به . وأول هذه الشروط ، هو بقاء العقد فاسدا اما اذا تم ازالة سبب الفساد فان العقد يصبح صحيحا غير مستحق للفسخ ، فاذا كان الفساد يرجع إلى جهالة الاجل ولكن تم تعينه من قبل المتعاقدين قبل انقضاء مجلس العقد أو تم اسقاطه ففي كلا الحالتين يكون العقد صحيحا ولا يمكن فسخه ٠

كذلك يجوز تصحيح العقود الفاسدة بسبب الربا بأزالة الربا عنها ، وتصحيح العقود المقترنة بشروط فاسدة باسقاط هذه الشروط [٥٣] ٠

ويشترط كذلك لممارسة الحق بالفسخ هو بقاء محل العقد على الحالة التي كان عليها بعد تنفيذ العقد الفاسد ، وبالتالي اذا قام المشتري باجراء تغيير في محل العقد أو قام باستهلاكه أو هلك باي سبب ، فلا يكون الفسخ ممكنا في هذه الحالة كما لو كان المعقود عليه قمحاً فطحنه المشتري أو داراً وقام المشتري باجراء تغييرات فيها ٠

ويشترط اخيراً لا مكانية المطالبة بالفسخ إن لايؤدي الفسخ إلى الاضرار بحقوق الغير التي اكتسبها على محل العقد [٥٤] ، كما لو قام المشتري ببيع الشي الذي اشتراه بالعقد الفاسد وكان المشتري الثاني حسن النية ، أو قام المشتري بترتيب حق عيني تبعي على الشيء كرهن مثلا ، ففي هذه الحالة يجب إن لا يؤدي الفسخ إلى الاضرار بحقوق الغير، وبخلاف ذلك يمتنع الفسخ ٠

ويتضح من ذلك ، بان البائع لايستطيع استرداد المبيع من المشتري ، ولكن يستطيع الرجوع على الاخير بقيمة الشيء اذا كان قيميا مثله اذا كان مثلياً ، وبذلك فان استحقاق العقد الفاسد للفسخ يشترط فيه إن لايؤدي الفسخ إلى ابطال حقوق الغير التي ترتبت على المعقود عليه ٠

المطلب الثاني:- آثار العقد الفاسد بعد القبض

لغرض بيان اثار العقد الفاسد بعد القبض ، لابد من الاشارة هل إن القابض يصبح مالكا للمعقود عليه ام لا ، وهل يستطيع أي من الطرفين فسخ العقد بعد القبض؟

بالنسبة إلى امكانية انتقال الملكية بالقبض إلى المشتري ، نلاحظ بان الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في ذلك ، فذهب فقهاء الحنفية [٥٥] إلى إن المشتري يصبح مالكا اذا قبض المعقود عليه ولكنهم يشترطون ان يكون القبض باذن البائع ٠

وقد استدل فقهاء الحنفية لتبرير رأيهم بانتقال الملكية بالقبض بقوله تعالى ((واحل الله البيع وحرم الربوا))[٥٦] ، اذ استدلوا بهذه الاية للقول بصحة القبض بالعقد الفاسد وانتقال الملكية إلى المشتري مادام العقد لا يتضمن اكل اموال الناس بالباطل وليس فيه حرمة الربا ، وهي الزيادة التي ياخذها الشخص لاجل التاخير في الاجل ٠

ومما تجدر الاشارة اليه إن جمهور الفقهاء [٥٧] قد ناقشوا راي الحنفية واستدلالهم بهذه الاية الكريمة على صحة القبض بالعقد الفاسد ، فهذه الاية لا تدل على صحة العقد الفاسد وانتقال ملكية المعقود عليه بالقبض ، وانما اشارت إلى حل البيع وحرمة الربا ، والبيع الجائز وفقا لقولة تعالى ((واحل الله البيع ٠٠٠)) هو البيع الذي توافرت شروطه بان يكون المعقود عليه مقدور على تسليمه دون ضرر ، وحصول التراضي بين الطرفين وانتفاء الاكراه ، وان لايكون في العقد شرط من الشروط الفاسدة ، وبالتالي لايجوز قياس البيع الفاسد على البيع الصحيح في الحكم ، من حيث صحتة وانتقال الملكية إلى المشتري ، فالعقد الفاسد وان كان عقدا منعقدا الا انه مستحق للفسخ الا اذا زال سبب فساده من خلال تصحيحه ، وفي هذه الحالة يرتب ما يرتبة العقد الصحيح من احكام ومن اهمها انتقال الملكية إلى المشتري ، وبهذا الخصوص جاء في بدائع الصنائع ((فان البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به عندنا وان لم يكن صحيحا))[٥٨] .

واذا كان فقهاء الحنفية قد قالوا بثبوت الملك بالعقد الفاسد اذا حصل القبض باذن البائع فقد خالفهم في ذلك جمهور الفقهاء من الامامية والمالكية والشافعية والحنابلة ، وذهبوا إلى إن المبيع بالعقد الفاسد يبقى على ملك البائع حتى وان قبضه المشتري ، فلا تنتقل الملكية اليه ولا يحق له التصرف به ، وبهذا الخصوص جاء في كتاب المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري ((لو قبض ما ابتاع بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضمونا عليه ، اما عدم الملك فلانه مقتضى فرض الفساد))[٥٩] ، اما في تذكرة الفقهاء فقد جاء ((البيع الفاسد لايفيد ملكية المشتري للمعقود عليه ، سواء فسد من اصله أو باقتران شرط فاسد أو بسبب اخر ، ولو قبضه لم يملكه بالقبض ، ولو تصرف فيه ، لم ينفذ تصرفه فيه .....))[٦٠] ومما استدل علي جمهور الفقهاء لتبرير ما ذهبوا اليه بعدم انتقال ملكية المبيع إلى المشتري هو تحريم الله سبحانه وتعالى لبعض انواع البيوع المحرمة كالربا والذي يعد احد أسباب فساد العقد عند الحنفية وسببا لبطلان العقد عند الجمهور فقال تعالى ((الذين ياكلون الربوا لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس....))[٦١] وقوله تعالى ((وحرم الربوا)) .

ويمكن القول ، بان راي فقهاء الحنفية هو الأولى بالترجيح ، فالملكية لا تنتقل بالعقد الفاسد اذا حصل القبض خاصة اذا بقى سبب الفساد على حاله ، لكن اذا حصل القبض باذن البائع وتم ازالة السبب الذي افسد العقد فالراي

الراجح هنا هو انتقال الملكية إلى المشتري وذلك لان العقد الفاسد قد انقلب إلى عقدا صحيحاً من خلال التصحيح وبالتالي سيرتب الاثار التي يرتبها العقد الصحيح وخاصة انتقال الملكية إلى المشتري ٠

واخيراً لابد من الاشارة ، إلى إن القبض اذا حصل في العقد الفاسد فهل يحق بعد ذلك للطرفين فسخ العقد ، وللاجابة نقول بان العقد الفاسد اذا حصل فيه القبض باذن البائع يكون اقوى مما كان عليه قبل القبض ولكن رغم ذلك يكون مستحق للفسخ ،ولكن يجب التمييز بين حالة ما اذا كان الفساد في صلب العقد ، كما لو كان البدل فاسدا وبين ما اذا كان الفساد ليس في صلب العقد ، ففي الحالة الأولى ((الفساد في صلب العقد)) يكون لكل من الطرفين الحق في فسخ العقد وبهذا الخصوص جاء في بدائع الصنائع ((اذا كان بعد القبض ، فان كان الفساد راجعا إلى البدل فالجواب فيه وفيما قبل القبض سواء .... ولو لم يكن راجعا إلى البدل فان ولاية الفسخ لصاحبه ، ولم يحك خلافا لان الفساد الذي لايرجع إلى البدل لايكون قويا لكونه محتملا للحذف والاسقاط))[٦٢] ٠

اما اذا كان الفساد ليس في صلب العقد ، كما لو كان بسبب شرط فاسد اقترن بالعقد ، ذهب ابو حنيفة وابو يوسف إلى إن المتعاقدين كلاهما يملك حق الفسخ ، اما الامام محمد بن الحسن فقد ذهب إلى ان صاحب المنفعة في الشرط هو وحده الذي يملك الفسخ [٦٣] ، ويبدو إن الراي الراجح هو اعطاء الحق في الفسخ لكلا المتعاقدين طالما تضمن العقد سببا من أسباب الفساد٠

وبذلك يتبين ، بان حق الفسخ يختلف فيما اذا ورد الفساد في صلب العقد وبين اذا ما ورد الفساد بسبب شرط فاسد ، ففي الحالة الأولى يكون لكل من المتعاقدين فسخ العقد قبل القبض وبعده ، اما في الحالة الثانية ((الفساد بسبب شرط فاسد)) فيحق للمتعاقدين فسخ العقد قبل القبض الا اذا اتفقا على ازالة السبب الذي افسد العقد ، فلا يحق لهم بعد ذلك الفسخ ، اما اذ حصل القبض وكان سبب الفساد يرجع إلى شرط ففي هذه الحالة يكون حق الفسخ مقرر للطرف الذي له منفعة في الشرط على قول محمد بن الحسن ، ولكلا الطرفين على قول ابي حنيفة وابي يوسف ٠

واذا كان للطرفين اواحدهما الحق في الفسخ وفقا لما سبق بيانه ، فان حق الفسخ لايتقرر في عدة حالات ، منها اذا تصرف المشتري بالمبيع بعد القبض بالبيع أو الهبة أو أي تصرف اخر ، فلا يحق للبائع الأول فسخ العقد واسترداد المبيع وبهذا الخصوص جاء في بدائع الصنائع ((اذا باع المشتري أو وهبه أو تصرف به ، بطل الفسخ ...))[٦٤] ٠

اما بالنسبة إلى اثر القبض في العقد الفاسد في القوانين المدنية الذي اخذت به نلاحظ بان المادة (٢/١٧٠) مدني اردني نصت ((٢- ولايفيد الملك في المعقود عليه الا بقبضه)) مما يدل على إن الملكية تنتقل بقبض المشتري للمعقود عليه ، وتكون له حقوق وسلطات المالك على الشيء محل العقد ، ولكن هذا الملك غير مستقر لان الفقرة (٣) من المادة اعلاه اعطت لكل من العاقدين أو ورثتهما الحق بالفسخ بعد اعذار العاقد الاخر ، وفي هذا الحكم يختلف القانون المدني الاردني عن الفقه الحنفي والذي اشار إلى انتقال الملكية بالقبض خصوصا اذا كان القبض باذن البائع ولم يسوغ الفسخ بعد القبض الا اذا كان الفساد في صلب العقد ، بينما القانون المدني الاردني وان اشار إلى انتقال الملكية بالقبض ولكنه اعطى الحق للعاقدين وورثتهما بفسخ العقد بشكل مطلق ٠

المطلب الثالث:- مدى أمكانية تصحيح العقد الفاسد

لغرض بيان مدى امكانية تصحيح العقد الفاسد لابد من الاشارة اولا إلى الاختلاف بين تصحيح العقد والوسائل الاخرى التي من شانها إن تجعل العقد الباطل عقدا صحيحا وخاصة انتقاص وتحول العقد ، ثم لابد من الاشارة إلى موقف الفقهاء المسلمين بخصوص تصحيح العقد الفاسد ، واخيرا الاشارة إلى كيفية تصحيح العقد الفاسد في كل حالة من الحالات التي تجعل العقد فاسدا وبيان شروط التصحيح ، في البداية نقول بأن الحكمة من العقد الفاسد الذي هو من ابتداع الفقه الحنفي هو لتقليل حالات البطلان بالنسبة للعقود خاصة اذا كانت المخالفات الواردة على العقد لاتتعلق بأصل العقد ، وانما تتعلق بأوصافه ، وبالتالي فأن العقد الفاسد قابل للتصحيح وذلك من

خلال ازالة السبب الذي ادى إلى حصول الفساد فيه ، وبذلك فأن الاختلاف بين التصحيح وبين انتقاص العقد ، يتمثل بان التصحيح يكون للعقد الفاسد والذي يعد عقدا منعقدا ولكنه جائز الفسخ من قبل الطرفين اما انتقاص العقد فيكون للعقد الباطل وهو عقد غير منعقد ، كما إن تصحيح العقد الفاسد يكون بأزالة السبب الذي ادى إلى فساده سواء كان اكراه أو جهالة أو شرط مفسد أو أي سبب اخر اما تصحيح العقد الباطل فلا يحصل الا من خلال ابطال الشق غير الصحيح والابقاء على الشق الصحيح [٦٥] .

وبذلك يتبين ، بان تصحيح العقد الفاسد يكون تصحيحا للعقد كله من خلال ازالة السبب الذي ادى إلى حصول الفساد فيه ، اما الانتقاص فهو وسيلة لجعل جزء أو شق من العقد الباطل صحيحا وذلك من خلال ابطال الشق غير الصحيح والابقاء على الشق الصحيح ، فضلا عن ذلك فأن انتقاص العقد يكون ممكنا لكافة انواع العقود الباطلة والفاسدة ، اما التصحيح فلا يكون الا للعقد الفاسد .

اما بالنسبة إلى الاختلاف بين تصحيح العقد وتحول العقد ، فيتمثل بأن تحول العقد يحصل اذا كان العقد باطلا ولكن تتوافر فيه اركان عقد اخر وتتجه نية المتعاقدين إلى ابرام هذا العقد وهذا مانصت علية المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي اذ نصت ((اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين إن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى ابرام هذا العقد)) .

وبذلك يتبين الاختلاف بين التصحيح والتحول ، فالتصحيح يحصل للعقد الفاسد من خلال ازالة سبب الفساد ، كما إن التصحيح لايؤدي إلى التغيير في موضوع العقد اما بالنسبة إلى التحول فيحصل للعقد الباطل والذي بدوره يؤدي إلى التغيير في موضوع العقد كأن تتحول الكفالة إلى وكالة .

أما بالنسبة إلى موقف الفقهاء المسلمون من إمكانية تصحيح العقد الفاسد ، فنلاحظ بأنهم قد انقسموا إلى اتجاهين ، الاتجاه الأول [٦٦] ، يرى بان العقد الفاسد لا يمكن تصحيحه ، ويبدو بان تبرير ما ذهبوا إليه من عدم إمكانية تصحيح العقد الفاسد يرجع إلى إن الفساد يكون مرادفا للبطلان عند أصحاب هذا الاتجاه ، فالفساد والبطلان لفظان مترادفان ويؤدي كلا منهم إلى الحكم نفسه وهو بطلان التصرف وعدم جواز تصحيحه ، وبهذا الخصوص جاء في اسنى المطالب شرح روض الطالب ((لو حذفا أي العاقدان المفسد للعقد ولو في مجلس الخيار لم ينقلب صحيحا اذ لاعبرة بالفاسد .....))[٦٧].

وجاء في تذكرة الفقهاء ((لو فسد العقد بشرط فاسد ثم حذفا الشرط ، لم ينقلب العقد صحيحاً سواء كان الحذف في المجلس أو بعده ....))[٦٨].

اما بالنسبة إلى الاتجاه الثاني[٦٩] ، فيرى إمكانية تصحيح العقد الفاسد وذلك من خلال ازالة السبب الذي ادى إلى حصول الفساد فيه ، ويبرر هذا الاتجاه رايه بتصحيح العقد الفاسد ، من خلال إن العقد الفاسد ليس كالعقد الباطل والذي يكون غير مشروع من حيث الاصل والوصف وانما هو مشروع اصلا لاوصفاً ، وبالتالي من الممكن تصحيحه ، فضلا عن ذلك ، فان التصحيح يؤدي إلى التقليل من حالات البطلان واحترام ارادة المتعاقدين وخاصة اذا كانت المخالفة الواردة على العقد غير جوهرية ولا تتعلق باصل العقد وانما في بعض اوصافه .

تجدر الاشارة ، إلى إن اصحاب الاتجاه الثاني يميزون بين الفساد الضعيف والذي يجوز فيه التصحيح وبين الفساد القوي والذي لايجوز فيه التصحيح ، وبهذا الخصوص جاء في بدائع الصنائع ((الاصل عندنا إن ينظر إلى الفساد ، فان كان قويا بان دخل في صلب العقد – وهو البدل أو المبدل – لايحتمل الجواز برفع المفسد .... وان كان الفساد ضعيفا ، هو مالم يدخل في صلب العقد بل في شرط جائز يحتمل الجواز برفع المفسد ، كما في البيع بشرط خيار لم يحدد له وقت ، أو البيع بثمن مؤجل إلى اجل مجهول))[٧٠].

ولابد من الاشارة اخيراً ، إلى شروط تصحيح العقد الفاسد وكيفية اجراءه ، فيشترط لحصول التصحيح إن يكون العقد فاسدا ، بان يكون مشروعا باصله دون وصفه وبالتالي فلا يمكن إن يرد التصحيح على العقد الباطل والذي يكون غير مشروع اصلا ولاوصفا ، فالاخير غير منعقد ولا يرد عليه التصحيح وان كان قابلاً للانتقاص والتحول اذا توافرت شروط كلا منهما ، كذلك يشترط إن يكون التصحيح ممكنا ، والتصحيح يكون ممكنا اذا كان

المحل الذي ورد عليه العقد لم يهلك ، ولم يستعمل احد المتعاقدين حقه بالفسخ اما اذا فسخ العقد بارادة احد المتعاقدين فلا يمكن تصحيحه وذلك لانعدام العقد ، فضلا عن ذلك يشترط لتصحيح العقد الفاسد إن لايكون الفساد قوياً ، أي يتعلق بصلب العقد ، كما لو كان الثمن شيء لايجوز التعامل فيه كالخمر ، ففي هذه الحالة يكون العقد فاسدا لفساد الثمن ، وهو يتعلق بصلب العقد ومن ثم لايمكن تصحيحه ٠

كما يشترط إن لايلحق احد المتعاقدين ضررا نتيجة تصحيح العقد ، فاذا ترتب علية ضرر فلا يجوز التصحيح [٧١] ٠

وبعد الاشارة إلى تصحيح العقد الفاسد لابد من بيان كيفية اجراء التصحيح ، ويلاحظ بان التصحيح يختلف باختلاف السبب الذي ادى إلى حصول الفساد ، فاذا كان الفساد يرجع إلى الجهالة في الثمن أو المبيع أو في الاجل ، فلا بد من ازالة الجهالة من قبل المتعاقدين وذلك بتحديد الثمن والمبيع تحديدا دقيقاً قبل إن ينقضي مجلس العقد [٧٢] ٠

اما اذا كانت الجهالة تتعلق بالاجل فيحصل التصحيح باسقاط الاجل قبل الافتراق وقبل فسخ العقد من قبل احد الطرفين ، وبالتالي اذا حصل الافتراق بين الطرفين أو استعمل احدهم حقه بفسخ العقد قبل اسقاط الاجل فلا يمكن في هذه الحالة تصحيح العقد ٠

وقد يرجع سبب الفساد إلى وجود شرط فاسد في العقد ، وكان الشرط لايقتضية العقد ولا يلائمة ، ولم يرد فية الشرع أو العرف بجوازه ولم تكن فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه ، ففي هذه الحالة يكون التصحيح من خلال اعتبارالشرط باطلا والعقد صحيح .

ومن الجدير بالذكر، إن الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مصادر الحق في الفقه الاسلامي يرى بان العقد الفاسد بسبب الشرط قابلا للانتقاص وليس للتصحيح ، اذ يستطيع صاحب الشرط الفاسد إن يسقط الشرط ، فيجزئ العقد ، ويتمسك بالجزء الصحيح منه ويطالب الاخر بتنفيذه [٧٣] ٠

ومع تقديرنا للراي الاخير، الا اننا نرى بان العقد المقترن بالشرط الفاسد لايتحول إلى عقد صحيح بالانتقاص وانما بالتصحيح من خلال ازالة سبب الفساد وهو الشرط فضلا عن عدم توفر شروط الانتقاص هنا ، والتي تتمثل بضرورة إن يكون العقد في شق منه صحيح والشق الاخر غير صحيح ، اما هنا فالعقد صحيح والشرط المقترن به غير صحيح ، وبالتالي فان تصحيحه يكون من خلال ابطال الشرط المفسد واعتبار العقد صحيحا ،فالتصحيح يكون للعقد الفاسد والانتقاص يكون للعقد الباطل . وقد يكون السبب في فساد العقد هو عدم القدرة على التسليم الا بتحمل الضرر ، فتصحيحه عند الحنفية [٧٤] ، يحصل اذا قام البائع بأختياره بتسليم المبيع إلى المشتري ، اما جمهور الفقهاء [٧٥] ، فانهم وان ذهبوا من حيث الاصل إلى عدم إمكانية تصحيح العقد في حالة اذا كان التسليم يلحق ضررا بالبائع الا انهم قد اوردوا استثناءاً على ذلك واجازوا بيع غير المقدور على تسليمه الابحصول الضرر وذلك في حالة اذا لم يترتب على التسليم ضرر مالي كبير يلحق البائع وان لا يتعرض المعقود عليه إلى التلف عند القيام بالتسليم ٠

اما اذا كان الاكراه السبب في فساد العقد فان تصحيحه يتم من خلال صدور الاجازة من المكره على ابرام العقد ، وقد يكون سبب فساد العقد هو الربا والذي يمكن تصحيحه من خلال رد الزيادة الربوية ٠

اما بالنسبة إلى تصحيح العقد الفاسد في القوانين المدنية التي اخذت به ، نلاحظ بان المادة (١٧٠) مدني اردني وكذلك المادة (٢١٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي اشارت كلاً منهما بعد تعريف العقد الفاسد إلى إن هذا العقد يصبح عقدا صحيحا اذا زال سبب فساده ، فالشطر الاخير من المادة (١٧٠) مدني اردني ينص على ((.... فاذا زال سبب فساده صح)) ٠

الخاتمة.

توصلنا من خلال البحث في موضوع (احكام العقد الفاسد في الفقه الاسلامي والقانون المدني) إلى عدد من النتائج والمقترحات الاتية ٠

اولاً :- تبين بان العقد الفاسد ، وهو المشروع باصله دون وصفه ، وهو صياغة فنية ابتدعها الفقة الحنفي وابدع في بيان مفهومها واسبابها والاثار المترتبة عليها والذي ميز بين اختلال ((الاصل)) واختلال ((الوصف)) كاساس للتميز بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، اذ يجعلون العقد باطلا اذا كان الاختلال قد حصل في الاصل ، اما اذا حصل الاختلال في الوصف فالعقد يكون فاسدا ٠

ثانيا :- تبين بان جمهور الفقهاء باستثناء الحنفية لايميزون بين اختلال الاصل واختلال الوصف ،فسواء اختل الاصل والوصف معا ، أو اختل الوصف دون الاصل ، فالعقد يكون باطلا أو فاسدا ، علما إن الباطل والفاسد عندهم مترادفان ، فيطلقون تارة على العقد بالباطل ، وتاره يطلقون الفاسد ويريدون به الباطل ٠

ثالثاً :- إن الحكمة التي دفعت فقهاء الحنفية للاخذ بنظرية العقد الفاسد تتمثل بالحد من حالات بطلان العقد ، خصوصا اذا كانت المخالفة في العقد غير جوهرية ، أي لاتتعلق بأصل العقد وانما تتعلق ببعض الاوصاف الخارجة عن اصل العقد ، فضلا عن ذلك فان الاخذ بالعقد الفاسد يكون من شانه إمكانية فتح المجال لتصحيح العقد الفاسد من خلال ازالة السبب الذي ادى إلى حصول الفساد فيه ، وهذا الهدف لايتحقق في حالة الحكم على العقد بالبطلان الا بصورة استثنائية وضيقة كما في حالة انتقاص العقد وتحويلة اذا توافرت شروطهما ٠

رابعاً :- تبين بان الاخذ بالعقد الفاسد لم يقتصر على ما اخذ به فقهاء الحنفية ، بل اخذت به بعض القوانين المدنية ، كالقانون المدني الاردني والاماراتي ، ولكن يلاحظ بان فقهاء الحنفية قد ابدعوا في تنظيمه وتاصيله وبيان اسبابه والتي تتمثل بالجهالة والغرر والشرط الفاسد والربا وعدم القدره على التسليم الا بتحمل الضرر ، في حين عجز كل من القانون المدني الاردني والاماراتي عن مسايرة هذا المذهب في تطبيقه لنظرية العقد الفاسد من خلال الاشارة إلى الأسباب التي تؤدي إلى الفساد ، فلم ياتي القانون الاردني الا بتطبيق واحد للعقد الفاسد والذي يتمثل بحصول الفساد بسبب الشرط الفاسد ، وهو ما اشارت اليه المادة (١/٥٠٦) مدني اردني ، والتي اشارة إلى إن اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع يؤدي إلى فساد البيع ٠

خامساً :- لم ياخذ القانون المدني العراقي بالعقد الفاسد الذي اخذ به الفقه الحنفي ، اذ ساوى بين العقد الفاسد والباطل وهو مانصت علية المادة (١/١٣٧) مدني بقولها ((العقد الباطل هو ما لايصح اصلا باعتبار ذاته ، أو وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجية)) فلم يجعل الاكراه سببا لجعل العقد فاسدا ،وانما اعتبر عقد المكره موقوفاً ، وقام بالحاق العقد الفاسد بسبب (الشرط الفاسد) بالعقد الصحيح اذا كان الشرط غير مخالف للنظام العام والاداب ، كما لم يجعل الربا سببا لفساد العقد بعد إن اجاز الفائدة في المادة (١٧١) مدني ، وجعل العقد الذي تضمن الغرر في وجود المحل أو جهالتة أو عدم تعيينة تعيينا كافيا باطلا وليس فاسدا ٠

سادساً :- تبين بان الفقهاء المسلمون قد اختلفوا بخصوص إمكانية تصحيح العقد الفاسد ، فذهب جمهور الفقهاء باستثناء الحنفيه إلى إن العقد الفاسد لايمكن تصحيحه وذلك لان العقد الفاسد يكون مرادفا للعقد الباطل عند جمهور الفقهاء ، اما فقهاء الحنفية فقد ذهبوا إلى إمكانية تصحيح العقد الفاسد وذلك من خلال ازالة السبب الذي افسد العقد ، والسبب في ذلك هو ان فقهاء الحنفية عندما اخذوا بالعقد الفاسد كانت الحكمة أو الهدف الاساسي من ذلك هو التقليل من حالات بطلان العقد ، ومن ثم فان التصحيح جائز عندهم لانه يحقق الهدف الذي من اجله اخذوا بالعقد الفاسد ٠

سابعاً :- نقترح على المشرع العراقي إن ياخذ بفكرة الفقه الحنفي عن العقد الفاسد لما له من اهمية في التقليل من حالات ابطال العقد ، فضلاً عن احترام ارادة المتعاقدين خصوصا اذا كانت المخالفة الواردة على العقد غير

جوهرية ولا تتعلق باركانه ، فضلا عن ذلك فان الاخذ بالعقد الفاسد وامكانية تصحيحه يؤدي إلى تحقيق ما يهدف اليه المشرع من استقرار المعاملات في المجتمع وحماية الغير حسن النيه ٠

ثامناً :- نقترح على المشرع العراقي عند اصدار تشريعات جديدة ، أو قيامه بتعديل التشريعات الحالية إن يرجع إلى كتب الفقه الاسلامي لما تمتاز به من دقة في المعالجة وعمق في الاسلوب ٠

الهوامش.

(١) القاموس المحيط ، مجد الدين بن يعقوب الفيروز ابادي ج٣ ، المؤسسة العربيه للطباعة والنشر ، دار الجيل ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص٣٣٥ .

(٢) سورة الروم ،اية (٤١) ٠

(٣) مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل ، تاليف خاتمه المحدثين الميرزا الشيخ حسن النوري الطبرسي ،ج٣ /ط٤ مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، بيروت لبنان ،٢٠٠٨ ، ص٢٣٩ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، العلامة شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي ، ج٣ ، دار الفكر ، ١٩٨٤ ،ص٤٤٥ ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، للشهيدين السعيدين ، محمد بن جمال الدين مكي العاملي ، زين الدين الجبعي العاملي ،ج٣ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بلاسنة طبع ، ص٢٤٠ ٠

(٤) الاشباه والنظائر، للسيوطي ، ص٢٨٦ ، اشار اليه ، د. عبد الحفيظ محمد عيد ، بطلان العقد في الفقه الاسلامي ، مجلة الحقوق ، العدد (٢) السنة ٢٨ ،٢٠٠٤ ، ص٢٠٧ .

(٥) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، محمد امين الشهير بابن عابدين ،ج٥، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ،بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص٦٥ ٠

(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، العلامة شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ،ج٣ ، دار احياء التراث العربي ، بلا سنة طبع ، ص٥٤ ، مستند الشيعة في احكام الشريعة ، العلامة الفقية المولى احمد بن محمد مهدي النراقي ، ج١٤ ، ط١ ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨،ص٢٦٩ ٠ المغني في فقه الامام احمد ابن حنبل الشيباني ،للامام موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة ، الجزء الرابع ،ط١، دار الفكر ،بيروت ،لبنان ،١٩٨٥ ،ص١٤٥ .

(٧) رد المختار على الدر المختار ، محمد امين بن عمر بن عبد العزيز بن احمد بن عبد الرحيم الشهير بابن عابدين ،ج٥ ،الطبعة الثالثة ،١٩٨٤، ص٦١ ٠

(٨) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، مصدر سابق ،ص٦ ، انظر كذلك ، د- عبد الحفيظ محمد عيد ، مصدر سابق ، ص٢٠٨ ٠

(٩) د٠ محمد زكي عبد البر ، الاصل والوصف في الفقة الحنفي ، مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة ،العدد (٣٧) ، ١٩٩٧ ، ص٥ ، ، د٠ محمود المظفر ، مصادر الالتزام ، نظرية العقد ، دراسة قانونيه مقارنة باحكام الشريعة الاسلامية ،ط٤ ، بلا مكان وسنة طبع ، ص٣٥٩ ٠

(١٠) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء ،ج٤ ، ط٣ ،دار احياء التراث العربي ، بيروت ،لبنان ، ٢٠٠٠ ،ص٣٢٠ ٠

(١١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،مصدر سابق ،ص٣٤١ ٠

(١٢) انظر مؤلفه ، مصادر الحق في الفقة الاسلامي دراسة مقارنة بالفقة الغربي ،ج٤،ط٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ،١٩٩٨ ،ص١٤٦ ٠

(١٣) انظر قرارها المرقم ١٦/ت/حقوقيه / فرق البدلين / في ٢٠٠٩/٢/٨ ، منشور في مجلة التشريع والقضاء ،السنه الثانية ، العدد الثالث ، ٢٠١٠ ، ص٢٧٥ ٠

(١٤) انظر ، قرارها المرقم ١٧٠٤/ م عقار /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/٦ ، منشور في النشرة القضائية تصدر عن مجلس القضاء الاعلى ، العدد الرابع ،٢٠٠٩ ، ص١٥ .

(١٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصدر سابق ، ص٣٥٦ ، انظر كذلك ، محمد محروس سعدوني ، الضمان في العقود الفاسدة ،ط١ ، دار الفكر الجامعي ،٢٠١٠ ،ص١٢٥ .

(١٦) الاختيار لتعليل المختار ،تاليف عبد الله بن محمود بن مورود الموصلي الحنفي ،المجلد الأول ، شركة دار الارقم بن ابي الارقم ، بيروت ،لبنان ، بلا سنه طبع ،ص٢٥٣ .

(١٧) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصدر سابق ، ص٣٥٩ .

(١٨) بيع الحصاة ، إن يقول ارمي هذه الحصاة فعلى أي شيء وقعت فهو لك بكذا مبلغ ، أو إن يقول بعتك هذا بكذا على اني متى رميت هذه الحصاة وجب البيع ، اما بيع حبل الحبلة ، فقد فسر بأمرين ، نتاج النتاج ، وهو بيع ما تحمله الناقة ، وجعلة اجلا كان اهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلة ، وبيع المضامين ، وهو بيع ما في اصلاب الفحول ، اما بيع الملاقيح فهو بيع ما في بطن الناقة ، وبيع الملامسة إن يبيعه شيئا ولا يشاهدة على انه متى لمسه وقع البيع اما بيع المنابذه ، فهو إن يجعل النبذ بيعا بان يقول : انبذ اليك ثوبي بعشرة ثم ينبذه ، انظر في تفاصيل هذه البيوع ، موسوعة الامام الشافعي كتاب الام ، الامام ابي عبدالله محمد بن ادريس الشافعي القرشي ، ج٣ ،دار احياء التراث العربي ، بيروت ،لبنان ،٢٠١٠ ،ص٣٤١ .

(١٩) شرح الزركشي على متن الخرقي ، العلامة شمس الدين ابو عبدالله محمد بن عبدالله الزركشي ، ج٢ ، ط١ ، ١٩٩٥ ، ص٤٢٣ .

(٢٠) تذكرة الفقهاء ، تاليف العلامة الحلي الحسن بن يوسف بن المطهر ،ج١٠ ،ط١ ،١٤٢٠هـ ، ص٥٣ انظر كذلك جامع المقاصد في شرح القواعد ، تاليف المحقق الثاني الشيخ علي بن حسين الكركي ، ج٤ ،ط٢ ، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ،بيروت ، لبنـان ،٢٠٠٨ ، ص٤١٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق ،ص٨٤ ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، الامام المجتهد المهدي لدين الله احمد بن يحيى بن المرتضى ، المجلد الرابع ، ج٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،٢٠٠١، ص٤٧٧ .

(٢١) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، ابي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي الشهير بالحطاب ، المجلد الخامس ،ط١ ، دار الرضوان للنشر ،٢٠١٠ ، ص٧٠ .

انظر كذلك ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، مصدر سابق ،ص٢٦٤ .

(٢٢) انظر ، قرارها المرقم ١٦/ ت / حقوقية / فرق البدلين/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٨، منشور في مجلة التشريع والقضاء ، مصدر سابق، ص٢٧٤ .

(٢٣) المهذب في فقه الامام الشافعي لابي اسحاق الشيرازي ،ج٣ ،ط١ ، ١٩٩٦ ،ص٥٢ ، انظر كذلك ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مصدر سابق ،ص١٠٠ ، جامع المقاصد في شرح القواعد ، مصدر سابق ، ص٤٣١ ، كتاب الخلاف ، شيخ الطائفة الامام ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ،ج٣ ، مؤسسة النشر الاسلامي ،١٤٢٩ هـ ، ص١٥٠ .

(٢٤) اسنى المطالب شرح روض الطالب ، القاضي ابي يحيى زكريا الانصاري الشافعي ، المجلد الرابع، ط١،دار الكتب العلمية،٢٠١٠،ص٨٢ .

(٢٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصدر سابق ،ص٣٨٧-٣٨٨ .

(٢٦) المصدر نفسه ،ص٣٧٥ . ،انظركذلك ، صحيح البخاري ، للامام ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ، المجلد الاول ،ط١ ، مكتبة مصر ،القاهره ،٢٠٠٧ ،ص٤٨٠ .

(٢٧) المجموع شرح المهذب ، للامام ابي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، تاليف الامام محيي الدين ابي زكريا يحيى بن شرف النووي ،ج١٠ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،لبنان ، بلا سنة طبع ،ص٣٩٩ ، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، مصدر سابق ، ص١٧٥ .

(٢٨) المغنى ، العلامة موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، ج٥ ، دار الحديث ،٢٠٠٤ ، ص٦١١ ، كشاف القناع للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي عن متن الاقناع ، ج٣ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،١٩٩٧ ، ص٢٢٢ ٠

(٢٩) تذكرة الفقهاء ، مصدر سابق ،ص٢٤٧ ٠

(٣٠) سورة النساء ،ايه (٢٩) .

(٣١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج٧ ،ص٩٧ .

(٣٢) كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام ، علاء الدين عبد العزيز البخاري البزدوي ، ج٤ ، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر ، ١٩٩٥ ، ص٣٨٣ ٠

(٣٣) مستند الشيعة في احكام الشريعة ، تاليف العلامة الفقية المولى احمد بن محمد مهدي النراقي ، ج٤ ، ط١ ، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، بيروت ، لبنان ،٢٠٠٨ ،ص٢٦٧ ٠

(٣٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج٧ ، مصدر سابق ، ص٩٧ ٠

(٣٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج٧ ،مصدر سابق ، ص٩٨ ٠

(٣٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج٧ ،مصدر سابق ، ص١٠٠ ٠

(٣٧) جامع المقاصد في شرح القواعد ،مصدر سابق ،ص٦١،انظر كذلك ، د٠ حسني محمود عبد الدايم ، اثر الاكراه على التصرفات – دراسة مقارنة – في الفقه الاسلامي والقانون المدني ،ط١ ، دار الفكر الجامعي ،٢٠١١ ، ص١٤٤ ٠

(٣٨)د٠ حسني محمود ابراهيم ، مصدر سابق ،ص١٤٧ ٠

(٣٩) سورة النساء ، اية (٢٩) ٠

(٤٠) د٠ عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص١٧٥ ٠

(٤١) د٠ عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص١٧٦ ٠

(٤٢) اسنى المطالب شرح روض الطالب ، مصدر سابق ،ص٥١ ، انظر كذلك الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع للشيخ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ،ج٢ ، المجلد الثاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،لبنان ، ٢٠١١ ، ص١٥ ، موسوعة الامام الشافعي كتاب الام ، مصدر سابق ،ص٢٩٧ ٠

(٤٣) سورة البقرة ، اية (٢٧٥) ٠

(٤٤) سورة ال عمران ، اية (١٣٠) ٠

(٤٥) تذكرة الفقهاء ، مصدر سابق ،ص١٣٤ ٠

(٤٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٤ ، مصدر سابق ،ص٣٧٣ ٠

(٤٧) المحلى ، الامام ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، ج٨ ، دار الافاق ، بلا سنة طبع ، ص٣٨٩ ٠

(٤٨) المهذب في فقه الامام الشافعي ، مصدر سابق ،ص٣٣ ، انظر كذلك ، جامع المقاصد في شرح القواعد ، مصدر سابق ،ص٩٢ ٠

(٤٩) مستند الشيعة في احكام الشريعة ، مصدر سابق ،ص٣٢٢ ، انظر كذلك ، تذكرة الفقهاء ، مصدر سابق ، ص٤٨ ٠

(٥٠)شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، المحقق الحلي ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، القسم الأول والثاني ، ط٢ ، بيروت ،لبنان ،٢٠١٠ ،ص٢٦٩ ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، مصدر سابق ، ص٢٤٩ ٠

(٥١) انظر قرارها المرقم ٣٧١ – ٨٨ ،صفحة ١٥٦٦ ،لسنة ١٩٩٠ ،اشار اليه ،د. ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج١ ،مصادر الحقوق الشخصية ،دار وائل للنشر والتوزيع ،بلا سنة طبع ،ص١٩٣ .

(٥٢) د٠ عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص١٥٦ ٠
(٥٣) د٠ ابراهيم علي احمد الشال الطنيجي ، طرق تصحيح العقد الفاسد ، مجلة الشريعة والقانون ، مجلس النشر العلمي ،جامعة الامارات العربية المتحدة ، العدد (٣١) ٢٠٠٧ ، ص١٧٧ ٠
(٥٤) د٠ احمد ياسين القرالة ، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقة الاسلامي ، مجلة الشريعة والقانون العدد (٣٩) ٢٠٠٩ ،ص٣٤٦ ،د٠ محمد جبر الالفي ، عوامل الاستقرار للعقد القابل للابطال ، مجلة الحقوق ، تصدر عن جامعة الكويت ، العدد الأول ، ١٩٨٥، ص٣٠ ٠
(٥٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٣٥٥ ٠
(٥٦) سورة البقرة ، اية (٢٧٥) ٠
(٥٧)المجموع شرح المهذب ، مصدر سابق ،ص٤٢٢ ،تذكرة الفقهاء ، مصدر سابق ، ص٢٩٠ ، موسوعة الامام الشافعي ، مصدر سابق ، ص٤٢٠ ٠
(٥٨) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٣٥٥ ٠
(٥٩) كتاب المكاسب ، تاليف العلامة المحقق الحاج شيخ مرتضى الانصاري ، ج١ ، مؤسسة مطبوعات ديني ، بلا سنة طبع ، ص٢٨١ ، انظر كذلك ، المجموع شرح المهذب ، مصدر سابق ،ص٤٠٠ ٠
(٦٠) تذكرة الفقهاء ، مصدر سابق ، ص٢٩٠ ، انظر كذلك ، شرائع الاسلام ، مصدر سابق ص ٠
(٦١) سورة البقرة ، اية (٢٧٥) ٠
(٦٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٤، مصدر سابق ،ص٥٨٤ ٠
(٦٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٤ ، مصدر سابق ،ص٥٨٤ ٠
(٦٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٥٨٥ ٠
(٦٥) د٠ عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص١٥٧ ٠
(٦٦) اسنى المطالب شرح روض الطالب ، مصدر سابق ،ص٨٣ ، وبهذا الخصوص قال الماوردي الشافعي(العقد اذا وقع فاسد لايصح بزوال ما وقع فاسداً) اشار اليه ، د٠ابراهيم احمد الشال ، مصدر سابق ، ص١٦٥ ٠
(٦٧)اسنى المطالب شرح روض الطالب ، مصدر سابق ، ص٨٣ ٠
(٦٨) تذكرة الفقهاء ، مصدر سابق ، ص٣٠١ ٠
(٦٩) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٤ ،مصدر سابق ، ص ٣٦٠ .
(٧٠) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٤ ، مصدر سابق ،ص .
(٧١) وهو مانصت عليه القاعدة الفقهية (لاضرر ولاضرار) .
(٧٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٣٦٠ ٠
(٧٣)د٠ عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ،ص١٦٠ ٠
(٧٤)د٠ ابراهيم علي احمد الشال ، مصدر سابق ،ص١٦٩ ٠
(٧٥) اسنى المطالب شرح روض الطالب ، مصدر سابق ،ص٢٦ ٠

المصادر.

القران الكريم :-

اولاً :- المعاجم اللغوية :

١- القاموس المحيط ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي ، ج٣، المؤسسة العربية للطباعة والنشر ، دار الجليل ، بيروت ، بلا سنة طبع ٠

ثانياً :ـ كتب الحديث :
١ - صحيح البخاري ، للامام ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ، المجلد الاول ،ط١ ، مكتبة مصر ، القاهرة ،٢٠٠٧ .
ثالثاً :ـ كتب الفقة الاسلامي :
١- حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، محمد امين الشهير بابن عابدين ،ج٥ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت لبنان ،٢٠٠٥ .
٢- مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل ، تاليف خاتمة المحدثين الميرزا الشيخ حسن النوري الطبرسي ، ج٣ ، ط٤ ، مؤسسة ال البيت لاحياء الراث ، بيروت ، لبنان ،٢٠٠٨ .
٣- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، العلامة شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي ، ج٣ ،دار الفكر ، ١٩٨٤ .
٤- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، للشهيدين السعيدين ، محمد بن جمال الدين مكي العاملي ، زين الدين الجبعي العاملي ، ج٣، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع .
٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد امين بن عمر بن عبد العزيز بن احمد بن عبد الرحيم الشهير بابن عابدين ،ج٥، ط٣، ١٩٨٤ .
٦- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء ،ج٤ ، ط٣ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ،٢٠٠٠ .
٧- الاختيار لتعليل المختار ، تاليف عبد الله بن محمود بن مورود الموصلي الحنفي ، ج١ ،المجلد الأول ، شركة دار الارقم بن ابي الارقم ، بيروت ، لبنان ،بلا سنة طبع .
٨- موسوعة الامام الشافعي كتاب الام ، الامام ابي عبدالله محمد بن ادريس الشافعي القرشي ، ج٣ ،دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ٢٠٠١ .
٩- شرح الزركشي على متن الخرقي ، العلامة شمس الدين ابو عبدالله محمد بن عبدالله الزركشي ، ج٢ ، ط١ ، ١٩٩٥ .
١٠- تذكرة الفقهاء ، تاليف العلامة الحلي الحسن بن يوسف بن المطهر ،ج١٠ ،ط١ ، ١٤٢٠هـ .
١١- جامع المقاصد في شرح القواعد ، تاليف المحقق الثاني الشيخ علي بن الحسين الكركي ، ج٤ ، ط٢ ، موسسة ال البيت لاحياء التراث ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨ .
١٢-مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، ابي عبدالله محمد بن محد بن عبدالرحمن المالكي المقربي الشهير بالحطاب ، المجلد الخامس ، ط١ ، دار الرضوان للنشر ، ٢٠١٠ .
١٣- المهذب في فقة الامام الشافعي ،ابي اسحاق الشيرازي ،ج٣،ط١، ١٩٩٦ .
١٤- كتاب الخلاف ، شيخ الطائفةالامام ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ،ج٣،مؤسسة النشر الاسلامي ،١٤٢٩ هـ .
١٥- اسنى المطالب شرح روض الطالب ، القاضي ابي يحيى زكريا الانصاري الشافعي ، المجلد الرابع ، ط١، دار الكتب العلمية ،٢٠١٠ .
١٦- المجموع شرح المهذب للامام ابي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي تاليف الامام محيي الدين ابي زكريا يحيى بن شرف النووي ، ج١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع .
١٧- المغنى العلامة موقف الدين ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، ج٥ ، دار الحديث ،٢٠٠٤ .
١٨- كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام ، علاء الدين عبد العزيز البخاري ، ج٤ ،الفاروق الحديث للطباعة والنشر ،١٩٩٥ .

١٩- مستند الشيعة في احكام الشريعة ، تاليف العلامة الفقيه المولى احمد بن محمد مهدي النراقي ، ج١٤ ،ط١ ، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، بيروت ، لبنان ،٢٠٠٨ ٠
٢٠- الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع للشيخ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ،ج٢ ،المجلد الثاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،لبنان ،٢٠١١ ٠
٢١- المحلى الامام ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، ج٨ ، دار الافاق ،بلا سنة طبع ٠
٢٢- شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، المحقق الحلي ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، القسم الأول والثاني ، ط٢ ، بيروت ، لبنان ،٢٠١٠ ٠
٢٣- كتاب المكاسب،تاليف العلامةالمحقق الشيخ مرتضى الانصاري،ج١،مؤسسة مطبوعات ديني،بلا سنةطبع ٠
٢٤-كشاف القناع ، للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي عن متن الاقناع ،ج٣ ،ط١ ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،١٩٩٧ ٠
٢٥- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، الامام المجتهد المهدي لدين الله احمد بن يحيى بن مرتضى ، المجلد الرابع ،ج٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،٢٠٠١ ٠

رابعاً :- الكتب والبحوث القانونية والفقهية الحديثة :

١- د٠ حسني محمود عبد الدايم ، اثر الاكراه على التصرفات ، دراسة مقارنة في الفقة الاسلامي والقانون المدني ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ،٢٠١١ ٠
٢- د٠ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقة الاسلامي دراسة مقارنة بالفقة الغربي ، ج٤ ، ط٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ،١٩٩٨ ٠
٣- د٠ محمود المظفر ، مصادر الالتزام ، نظرية العقد ، دراسة قانونية مقارنة باحكام الشريعة الاسلامية ،ط٤ ، بلا سنة طبع ٠
٤- محمد محروس سعدوني ، الضمان في العقود الفاسدة ،ط١ ، دار الفكر الجامعي ،٢٠١٠ ٠
٥- د٠ عبد الحفيظ محمد عبد ، بطلان العقد في الفقة الاسلامي ، مجلة الحقوق ، العدد (٢) مجمع النشر العلمي ،٢٠٠٤ ٠
٦- د٠ محمد زكي عبد البر ، الاصل والوصف في الفقة الحنفي ، مجلة القانون و الاقتصاد ، العدد (٣٧) ،١٩٩٧ ٠
٧- د٠ ابراهيم علي احمد الشال الطنيجي ، مجلة الشريعة والقانون العدد (٣١) ،٢٠٠٧ ٠
٨- د٠ احمد ياسين القرالة ، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقة الاسلامي ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد (٣٩) ، ٢٠٠٩ ٠
٩- د٠ محمد جبر الالفي ، عوامل الاستقرار للعقد القابل للابطال ، مجلة الحقوق ، العدد الأول ،١٩٨٥ ٠
١٠- د. ياسين محمد الجبوري ،المبسوط في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الحقوق الشخصية ، دار وائل للنشر والتوزيع ، بلا سنة طبع .

خامساً :- القوانين :

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ٠
٢- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ٠
٣- قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ ٠
٤- مجلة الأحكام العدلية ٠

سادساً :- مصادر الأحكام القضائية :

١- مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثانية ، العدد الثالث ،٢٠١٠ ٠
٢- النشرة القضائية ، تصدر عن مجلس القضاء الاعلى ، العدد الرابع ،٢٠٠٩ ٠